

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS DE SANTA RITA
CURSO DE DIREITO

BEATRIZ SOUZA DE CARVALHO

**O ESTUPRO DE VULNERÁVEL E A POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO
DA VULNERABILIDADE DO ADOLESCENTE**

SANTA RITA
2017

BEATRIZ SOUZA DE CARVALHO

**O ESTUPRO DE VULNERÁVEL E A POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO
DA VULNERABILIDADE DO ADOLESCENTE**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito do
Departamento de Ciências Jurídicas
de Santa Rita da Universidade
Federal da Paraíba, como exigência
parcial da obtenção do título de
Bacharela em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Felipe
Negreiros Deodato

SANTA RITA

2017

Carvalho, Beatriz Souza de.

C331e O estupro de vulnerável e a impossibilidade de relativização da vulnerabilidade do adolescente / Beatriz Souza de Carvalho – Santa Rita, 2017.
61f.

Monografia (Graduação) – Universidade Federal da Paraíba.
Departamento de Ciências Jurídicas, Santa Rita, 2017.

Orientador: Profº. Me. Felipe Negreiros Deodato.

1. Direito Penal. 2. Dignidade. 3. Estupro. 4. Vulnerabilidade. 5. Relativização. 6. Legislação. I. Deodato, Felipe Negreiros. II. Título.

BSDCJ/UFPB

CDU – 343

BEATRIZ SOUZA DE CARVALHO

**O ESTUPRO DE VULNERÁVEL E A POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO
DA VULNERABILIDADE DO ADOLESCENTE**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito do
Departamento de Ciências Jurídicas
de Santa Rita da Universidade
Federal da Paraíba, como exigência
parcial da obtenção do título de
Bacharela em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Felipe
Negreiros Deodato.

Banca Examinadora:

Data da Aprovação: ____/____/____.

Prof. Dr. Felipe Negreiros Deodato (Orientador)

Prof. Edigardo Neto (Examinador)

Prof. Cláudio Marcus Lameirão (Examinador)

AGRADECIMENTOS

Começo agradecendo ao meu avô, Antônio de Souza Sobrinho, por ser a minha força, minha fonte de inspiração para viver e meu maior espelho de pessoa. A você, vô, todo meu coração, o melhor de mim. Não são todas as pessoas que podem experimentar o amor e o cuidado que você proporciona. Eu pude e dele continuo vivendo. Ele transcende todo o seu ser até chegar ao céu, para que Deus nos abençoe com esse amor bem de pertinho.

Agradeço também à minha mãe, Darlene Souza, por sua coragem, determinação, força e amor. Por me incentivar a ser uma pessoa melhor e vencer diante das tribulações. Prometo te retribuir de alguma forma, por isso sei que te proporcionar o sentimento de orgulho é um bom começo.

Agradeço, como jamais poderia deixar de ser, à Deus, por ter paciência diante dos meus momentos de deserto, pelas vezes que me reergueu, dando-me forças e, principalmente por me permitir viver o AmorADeus.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Felipe Negreiros Deodato, pela sabedoria com que me guiou nesta trajetória.

Ao professor, Edigardo Neto, por toda a atenção, cuidado e conhecimento que me proporcionou durante esse período.

Gostaria de deixar registrado também, o meu reconhecimento aos meus amigos, por serem fontes de alegria durante todos os momentos, pois acredito que sem o apoio deles seria muito difícil vencer esse desafio.

Enfim, a todos os que por algum motivo contribuíram para a realização desta monografia.

RESUMO

O objetivo central do presente trabalho visa a analisar uma situação concreta, que surge numa sociedade pluralista, multifacetada e que se moderniza desordenadamente. Muitos valores são substituídos, passando a mudanças bruscas. Através de pesquisas bibliográficas, tenta-se achar uma justificativa para a temática do estupro numa área bastante vulnerável, as crianças e adolescentes. Começa-se com o estudo o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, contemplando-se, ainda, os princípios regentes do Direito Penal. São feitas algumas considerações a respeito do Título VI da parte especial do Código Penal Brasileiro de 1940, ressaltando-se a presunção de violência nos crimes sexuais, bem como as modificações legislativas em detrimento do advento da Lei 12.015 de 2009, que surge enquanto respaldo para a abordagem da dignidade sexual. Por fim, aborda-se o tema central do estudo, a vulnerabilidade e seu caráter absoluto e relativo, concluindo-se que a atual legislação brasileira, nesse aspecto, necessita ser atualizada frente aos avanços da sexualidade, para a efetiva relativização da aplicação do art. 217-A, do Código Penal, contemplando a avaliação casuística.

Palavras-chave: Dignidade. Estupro. Vulnerabilidade. Legislação. Relativização.

ABSTRACT

The presente central objective work seeks to analyse a concrete situation which appears in a pluralist, multi-faceted society that is disorderly modernized. Many values are replaced, passing through abrupt changes. The research tries to find through bibliographical inquiries a justification for the rape theme in a quite vulnerable area, the children and juvenile. And begins with a study of Human Dignity Principle which is the Democratic State of Law basis considering principles of Criminal Law as well. Some considerations also are made regarding the VI Title Special Part of 1940 Brazilian Criminal Code, highlighting the violence presumption in sexual crimes, as well as the legislative modifications in detriment of Law 12.015/2009 advent that appears while endorsement for the sexual dignity boarding. Finally the study subject approaches the vulnerability and its absolute and relative characters which means the current brazilian legislation needs to be updated front of sexuality advances for the 217-A article of Criminal Code has effective relativization application, contemplating the casuistry evaluation.

Keywords: Dignity. Rape. Vulnerability. Legislation. Relativization.

Sumário

INTRODUÇÃO	9
1 O Estado Constitucional e o Direito Penal	11
1.1 A dignidade da pessoa humana como princípio norteador do Estado Democrático de Direito	11
1.2 Dos princípios constitucionais penais decorrentes do fundamento republicano da dignidade da pessoa humana	14
1.2.1 Princípio da legalidade.....	14
1.2.2 Princípio da presunção de inocência	15
1.3 Dos Princípios Doutrinários Penais	17
1.3.1 Princípio da intervenção mínima	17
1.3.2 Princípio da adequação social	18
1.3.3 Princípio da lesividade	19
2 A estrutura de proteção da sexualidade	22
2.1 A evolução da tutela da dignidade sexual.....	22
2.2 A presunção de violência.....	25
2.3 O desenvolvimento da sexualidade nos adolescentes	29
2.4 O advento da Lei 12.015/2009 e a tipificação do estupro de vulnerável. 31	
2.5 As generalidades do art. 217-A do Código Penal Brasileiro	34
2.5.1 Objeto jurídico	34
2.5.2 Objeto material	35
2.5.3 Elemento objetivo.....	35
2.5.4 Elemento subjetivo	37
2.5.5 Sujeito ativo.....	37
2.5.6 Sujeito passivo	38
3 A possibilidade de relativização da vulnerabilidade	40
3.1 O conceito de vulnerabilidade.....	40
3.2 A vulnerabilidade absoluta e relativa	42
3.3 O erro de tipo no estupro de vulnerável	45
3.4 A tipicidade conglobante	48

3.5 O princípio da adequação social enquanto causa supralegal de exclusão da tipicidade.....	522
4 CONCLUSÃO	566
REFERÊNCIAS.....	599

INTRODUÇÃO

A sociedade em que vivemos sofre constantes mudanças e evoluções, exigindo que o ordenamento jurídico busque adequar-se ao período cultural e social em que está inserido, tendo em vista que o legislador apenas acompanha e molda as normas legais após notar as condutas no mundo dos fatos.

Do mesmo modo, ocorrem as transformações na sociedade que refletem nos direitos à dignidade sexual. Por isso, as alterações trazidas pela Lei 12.015 de 2009 objetivam adequar o ordenamento jurídico à sociedade contemporânea.

A referida Lei alterou substancialmente o Título IV do Código Penal, intitulando-o “Dos crimes contra dignidade sexual” e criando um novo tipo penal autônomo, que é o estupro de vulnerável, de forma que revogou a então presunção de violência, prevista no art. 224 do Código Penal Brasileiro de 1940.

O legislador, ao redigir o caput do art. 217-A do Código Penal teve o intuito de proteger o denominado vulnerável, abarcando todas as pessoas com idade inferior a 14 (quatorze) anos. A doutrina e jurisprudência majoritária entendem que a vulnerabilidade há de ser absoluta, pois se refere à incapacidade de compreensão dos atos sexuais, abrangendo os menores de 14 (quatorze) anos, enfermos ou deficientes mentais, quando não possuírem o discernimento necessário à prática do ato, além dos que não puderem oferecer resistência.

Entretanto, faz-se necessário admitir a relativização da vulnerabilidade, em especial com relação a vítima entre 12 (doze) e 14 (quatorze) anos, quando demonstrado o consentimento, ainda que da família, para a prática de atos sexuais, principalmente decorrente de relações afetivas.

O trabalho conta com três capítulos: no primeiro esboçam-se considerações acerca da dignidade da pessoa humana a partir de qualquer idade, buscando-se esclarecer o princípio da legalidade (suporte jurídico), passando pela presunção de inocência, chegando-se ao princípio da

intervenção mínima, contemplando-se, ainda, o princípio da adequação social e o princípio da lesividade.

No segundo capítulo são feitas análises e considerações a respeito do Título VI da parte especial do Código Penal Brasileiro de 1940, incluindo as divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre a presunção de violência e seu respectivo caráter absoluto ou relativo até o advento da Lei 12.015 de 2009, que modifica o Título VI para denominar-se “Dos crimes contra a dignidade sexual”, e institui um novo tipo penal, o crime de estupro de vulnerável, de modo que o bem juridicamente tutelado passa a ser a dignidade sexual do que se encontra em condições de vulnerabilidade. Esta, monografia, por sua vez, foca no caput do art. 217-A do Código Penal, que trata enquanto vulnerável o menor de 14 (quatorze) anos.

Por fim, o terceiro capítulo é reservado ao tema central do estudo proposto, abordando-se a questão da vulnerabilidade, em seu caráter absoluto e relativo, tecendo-se abordagens críticas e construtivas ao que, legalmente, já existe, sustentando a necessidade de uma legislação atualizada e coerente à evolução da cultura e da sociedade atual. São abordados o erro de tipo, instituto da parte geral de Direito Penal, para afastar a vulnerabilidade absoluta prevista no estupro de vulnerável quando a mesma não se apresentar de forma explícita; a tipicidade conglobante, como causa de exclusão da tipicidade, tendo em vista a ausência de tipicidade material pela falta da efetiva violação do bem jurídico tutelado e; o princípio da adequação social enquanto causa supralegal de exclusão da tipicidade.

Quanto aos procedimentos metodológicos, optou-se pela pesquisa caracterizada como bibliográfica, procurando embasar as reflexões propostas e as possíveis soluções inerentes à relativização da vulnerabilidade do adolescente no estupro de vulnerável dentro da realidade brasileira.

1 O Estado Constitucional e o Direito Penal

1.1 A dignidade da pessoa humana como princípio norteador do Estado Democrático de Direito

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, elenca cinco fundamentos que constituem o Estado Democrático de Direito, transmitindo o alicerce do nosso ordenamento político-jurídico.

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Esses fundamentos configuram os princípios fundamentais de direito, que, segundo Uadi Lammêgo, são:

[...] diretrizes imprescindíveis à configuração do Estado, determinando-lhe o modo e a forma de ser. Refletem os valores abrigados pelo ordenamento jurídico, espelhando a ideologia do constituinte, os postulados básicos e os fins da sociedade¹.

Assim, com a Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana foi doutrinariamente concebida como um valor supremo que inspira todos os direitos fundamentais do homem, servindo como fator importante para a interpretação desses direitos, exigindo que o ser humano receba tratamento moral condizente.

Esse princípio se constrói a partir de dois aspectos: um objetivo e outro subjetivo. O enfoque objetivo abrange o mínimo existencial do indivíduo, que necessita ver suas necessidades básicas atendidas, como a alimentação, moradia, lazer, saúde, educação, higiene, transporte, vestuário e previdência social. O aspecto subjetivo se reveste do sentimento de respeitabilidade e

¹BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 6. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 498.

autoestima do indivíduo dentro da comunidade em que se insere, bem como a formação de sua personalidade nesse processo.

A dignidade da pessoa humana é, portanto, o princípio fundamental norteador de todo o direito positivo, inerente a toda pessoa, constituindo-se como proteção mínima que deverá ser assegurada pelo Estado, priorizando o estigma das pessoas como seres humanos.

Ademais, demonstram Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino que:

A dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil consagra, desde logo, nosso Estado como uma organização centrada no ser humano, e não em qualquer outro referencial. A razão de ser do Estado brasileiro não se funda na propriedade, em classes, em corporações, em organizações religiosas, tampouco no próprio Estado (como ocorre nos regimes totalitários), mas sim na pessoa humana. [...] A dignidade da pessoa humana assenta-se no reconhecimento de duas posições jurídicas ao indivíduo. De um lado, apresenta-se como um **direito** de proteção individual, não só em relação ao Estado, mas, também, frente aos demais indivíduos. De outro, constitui dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes².

Dignidade é, portanto, a qualidade conferida à pessoa, que a faz merecedora do respeito e proteção por parte do Estado e da comunidade em que está inserida. A consequência da dignidade da pessoa humana é um conjunto de direitos e deveres fundamentais que lhe garantirão as condições mínimas de existência. Um exemplo de relação com a dignidade é o cuidado com a sexualidade e a intimidade das pessoas, dever do Estado e bem relevante ao Direito Penal.

Assim, da mesma forma que a Constituição Federal atribui o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana a cada indivíduo, é necessário que seja respeitada a dignidade do próximo. Por isso o Estado é o garantidor da dignidade das pessoas no âmbito individual e coletivo.

A partir da dignidade da pessoa humana, responsável por reger nosso ordenamento jurídico, é que são reproduzidos os demais princípios constitucionais, aplicados a todos os cidadãos, indistintamente, visto que tal

²PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. 11. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 94. (grifo do autor).

princípio definirá os direitos, as garantias e os deveres inerentes ao Estado de Direito.

Diante disso, Uadi ainda ressalta:

[...] este vetor agrega em torno de si a unanimidade dos direitos e garantias fundamentais do homem, expressos na Constituição de 1988. Quando o Texto Maior proclama a dignidade da pessoa humana, está consagrando um imperativo de justiça social, um *valor constitucional supremo*. Por isso, o primado consubstancia o espaço de integridade moral do ser humano, independentemente de credo, raça, cor, origem ou *status social*³.

O princípio da dignidade da pessoa se manifesta em todas as áreas da vida humana, com o objetivo de proteger a livre manifestação da vontade e do exercício da liberdade individual, assim:

O respeito à dignidade humana conduz e orchestra a sintonia das liberdades fundamentais, pois estas são os instrumentos essenciais para alicerçar a autoestima do indivíduo, permitindo-lhe criar seu particular mundo, no qual se desenvolve, estabelece laços afetivos, conquista conhecimento, emite opiniões, expressa seu pensamento, cultiva seu lar, forma família, educa filhos, mantém atividade sexual, satisfaz suas necessidades físicas e intelectuais e sente, enfim, imerso em seu próprio casulo⁴.

Além disso, é notória a utilização, pela jurisprudência brasileira, da função hermenêutica dos princípios fundamentais, com o intuito de dirimir e solucionar controvérsias ao interpretar normas tendo por base o princípio da dignidade da pessoa humana.

Além da previsão do princípio da dignidade da pessoa humana no artigo 1º, III, da Carta Magna, é possível vislumbrar esse princípio em outros capítulos da nossa Lei Maior, seja ao estabelecer, no art. 170, caput, a ordem econômica com a finalidade de assegurar a todos uma existência digna, seja quando assegurar, no art. 227, caput, o direito à dignidade à criança e ao adolescente.

Ademais, fora da Constituição Federal, também há previsão, como, por exemplo, no Capítulo II do Título VI, parte especial do Código Penal, que prevê

³BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 6. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 502. (grifos do autor).

⁴NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 31.

a dignidade sexual, enquanto corolário da dignidade da pessoa humana, como bem juridicamente tutelado nos crimes sexuais contra vulneráveis.

1.2 Dos princípios constitucionais penais decorrentes do fundamento republicano da dignidade da pessoa humana

O princípio em comento é de grande influência nas diversas áreas do Direito, principalmente em matéria penal. E, por isso, os princípios elementares do Direito Penal são divididos em princípios constitucionais, porque emanam diretamente da Constituição Federal de 1988, e princípios doutrinários.

1.2.1 Princípio da legalidade

Decorrente dos princípios constitucionais encontra-se o princípio da legalidade, que se subdivide em legalidade em sentido amplo e estrito. Todos os ramos do Direito, incluindo o Direito Penal, se utilizam do princípio da legalidade lato sensu, conforme o art. 5º, inciso II, da Constituição Federal: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Por isso, conforme lecionam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

O enunciado desse inciso II do art. 5º veicula a noção mais genérica do princípio da legalidade. No que respeita aos particulares, tem ele como corolário a afirmação de que somente a lei pode criar obrigações e, por outro lado, a asserção de que a inexistência de lei proibitiva de determinada conduta implica ser ela permitida⁵.

Enquanto que a legalidade stricto sensu, disposta no art. 5º, inciso XXXIX, da CF, determina que não haja crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Essa é a legalidade específica, assegurada também pelo art. 1º do Código Penal.

Nesse sentido, segundo Rogério Greco:

⁵PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. 11. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 126.

Por intermédio da lei existe a segurança jurídica do cidadão de não ser punido se não houver uma previsão legal criando o tipo incriminador, ou seja, definindo as condutas proibidas (comissivas ou omissivas), sob a ameaça de sanção⁶.

A sexualidade também encontra previsão através do princípio da legalidade no Título VI da parte especial do Código Penal, o qual trata dos crimes contra a dignidade sexual.

Ainda, dentro da legalidade, é imprescindível destacar o princípio da não retroatividade da lei penal (ou princípio da anterioridade), consagrado pelo art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, pois é o responsável por garantir a efetividade do princípio da legalidade, já que a lei penal não pode retroagir, alcançando fatos anteriores à sua edição, salvo para beneficiar o réu. Resumindo, para que haja crime se faz necessário o cometimento do fato delituoso, após a entrada em vigor da norma incriminadora.

1.2.2 Princípio da presunção de inocência

Outro princípio constitucional elementar do Direito Penal é a presunção de inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII da Constituição de 1988: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Essa garantia processual tem por escopo assegurar a liberdade do indivíduo presumidamente inocente, cabendo ao Estado comprovar a sua culpabilidade.

Tal princípio, portanto, reafirma a dignidade da pessoa humana, além de possuir ligação com o princípio da legalidade em sentido estrito, pois não há pena sem culpabilidade, trazendo à tona o princípio da culpabilidade, que não se encontra exposto na Constituição Federal, tratando-se, portanto, de um princípio doutrinário. Para que haja aplicação da pena é necessária a

⁶GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral (Artigos 1º a 120 do Código Penal). 17. Ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. v. 1, p. 145.

observação da comprovação e da proporcionalidade da medida de culpabilidade.

Então, segundo Alvaro de Azevedo e Nathaly Campitelli, pelo princípio da culpabilidade não há crime sem o elemento subjetivo do dolo ou da culpa, pois não é admitida no ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade objetiva⁷.

Explicitando melhor, para que determinado resultado delituoso seja imputado ao agente, a sua conduta deverá ser dolosa ou culposa, uma vez que a responsabilidade penal há de ser subjetiva. A culpabilidade se refere à conduta do agente, ao fato praticado, uma vez que não há punição se não houver reprovabilidade.

De acordo com Uadi Lammêgo:

Trata-se de uma projeção dos princípios do devido processo legal, da dignidade da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito, do contraditório, da ampla defesa, do *favor libertatis*, do *in dubio pro reu* e da *nulla poena sine culpa*. Somente quando a situação originária do processo for, definitivamente, resolvida é que se poderá inscrever, ou não, o indivíduo no rol dos culpados, porque existe a presunção relativa, ou *juris tantum*, da não culpabilidade daqueles que figuram como réus nos processos penais condenatórios⁸.

E mais, só haveria decretação de prisão após uma sentença irrecorrível, salvo nas hipóteses de prisões cautelares, desde que preenchidos os pressupostos processuais.

Nesse sentido, asseguram Vicente de Paula e Marcelo Alexandrino:

Com efeito, em julgado sobremaneira relevante, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito de o réu, já condenado em primeira ou segunda instâncias, recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória [...] a regra no nosso ordenamento passa a ser o acusado ter direito de recorrer em liberdade e a prisão só ocorrer depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória; no entanto, excepcionalmente, poderá haver prisão cautelar – em flagrante, temporária ou preventiva –, desde que obedecidos os pressupostos exigidos pela legislação penal respectiva⁹.

⁷GONZAGA, Alvaro de Azevedo; ROQUE, Nathaly Campitelli. Essencial exame da OAB. 7. Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016. p. 414.

⁸BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 6. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 696. (grifos do autor).

⁹PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. 11. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 196.

Em 2016, o Supremo Tribunal Federal admitiu a mitigação do princípio da presunção de inocência ao permitir a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, desde que o princípio do duplo grau de jurisdição fosse aplicado.

1.3 Dos Princípios Doutrinários Penais

1.3.1 Princípio da intervenção mínima

Com relação aos princípios doutrinários elementares do Direito Penal, tem-se o princípio da intervenção mínima que limita o poder incriminador do Estado, pois de acordo com Alvaro de Azevedo e Nathaly Campitelli:

[...] a criminalização de determinada conduta só se justifica caso constitua o meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico, quando as demais áreas do Direito não se mostrarem eficazes na função de proteger um determinado bem jurídico¹⁰.

Assim, a intervenção da lei penal será a *ultima ratio*, pois o princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade do direito penal restringe o direito de punir do Estado, tendo em vista que o uso excessivo das sanções penais para a proteção de determinados bens jurídicos acabaria por desprestigiar e banalizar a aplicação do direito penal.

Nesse sentido, conforme leciona Damásio de Jesus, o princípio da intervenção mínima procura:

[...] restringir ou impedir o arbítrio do legislador, no sentido de evitar a definição desnecessária de crimes e a imposição de penas injustas, desumanas ou cruéis, a criação de tipos delituosos deve obedecer à imprescindibilidade, só devendo intervir o Estado, por intermédio do Direito Penal, quando os outros ramos do Direito não conseguirem prevenir a conduta ilícita.

Torna-se necessária a análise e aplicação de outros ramos do ordenamento jurídico, que não o direito penal, para a resolução de conflitos, devendo, portanto, o Estado intervir apenas na defesa de bens jurídicos de

¹⁰GONZAGA, Alvaro de Azevedo; ROQUE, Nathaly Campitelli. Essencial exame da OAB. 7. Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016. p. 412.

maior relevância, imprescindíveis à convivência humana, uma vez que o sistema penal se ocupa apenas dos comportamentos intoleráveis e mais lesivos existentes nas relações sociais.

Nesse sentido, leciona Rogério Greco:

O Direito Penal só deve preocupar-se com a proteção dos bens mais importantes e necessários à vida em sociedade. O legislador, por meio de um critério político, que varia de acordo com o momento em que vive a sociedade, sempre que entender que os outros ramos do direito se revelem incapazes de proteger devidamente aqueles bens mais importantes para a sociedade, seleciona, escolhe as condutas, positivas ou negativas, que deverão merecer a atenção do Direito Penal¹¹.

Ademais, com o passar do tempo, bem como as alterações legislativas efetuadas no Código Penal, alguns tipos penais foram abolidos ou revogados do ordenamento jurídico penal brasileiro. Por isso, para Greco, são duas as vertentes do princípio da intervenção mínima:

De um lado, orientando o legislador na seleção dos bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade; de outro, também servindo de norte ao legislador para retirar a proteção do Direito Penal sobre aqueles bens que, no passado, gozavam de especial importância, mas que hoje, com a evolução da sociedade, já podem ser satisfatoriamente protegidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico¹².

Dessa forma, o Direito Penal para intervir, deve esperar a ineficácia dos demais ramos do Direito ao aplicarem uma sanção à determinada conduta reprovável, tendo em vista que sua atuação deverá ser sempre a *ultima ratio*.

1.3.2 Princípio da adequação social

Em consequência ao princípio da intervenção mínima, encontra-se na doutrina o princípio da adequação social. Ora, uma conduta aceita, reconhecida ou estimulada pela sociedade não deve merecer a tutela do direito penal, ainda que se amoldem ao modelo legal.

De acordo com Rogério Greco, tal princípio apresenta dupla função:

¹¹GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. (Artigos 1º a 120 do Código Penal). 17. Ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. v. 1, p. 97.

¹²Ibidem, p. 99.

[...] a de restringir o âmbito de abrangência do tipo penal, limitando a sua interpretação, e dele excluindo as condutas consideradas socialmente adequadas e aceitas pela sociedade. A sua segunda função é dirigida ao legislador em duas vertentes. A primeira delas orienta o legislador quando da seleção das condutas que deseja proibir ou impor, com a finalidade de proteger os bens considerados mais importantes. Se a conduta que está na mira do legislador for considerada socialmente adequada, não poderá ele reprimi-la valendo-se do Direito Penal. Tal princípio serve-lhe, portanto, como norte. A segunda vertente destina-se a fazer com que o legislador repense os tipos penais e retire do ordenamento jurídico a proteção sobre aqueles bens cujas condutas já se adaptaram perfeitamente à evolução da sociedade. Assim, da mesma forma que o princípio da intervenção mínima, o princípio da adequação social, nesta última função, destina-se precipuamente ao legislador, orientando-o na escolha de condutas a serem proibidas ou impostas, bem como na revogação de tipos penais¹³.

Assim, o legislador, ao editar novas leis, deve basear-se no requisito da relevância social ou não da conduta, uma vez que as ações aceitas ou, no mínimo, toleradas pela sociedade não devem ser reprimidas, pois revelam os costumes e a cultura de determinado período histórico vivenciado.

Então, se a conduta socialmente aceita se apresentar formalmente típica e não afrontar os dispositivos da Constituição Federal será excluída da tutela penal, por ser considerada sua atipicidade, em decorrência do princípio da adequação social.

Ademais, toda sociedade sofre mudanças significativas com o tempo, o que gera uma discrepância entre os costumes da época da edição da norma com a realidade atual. Os fatores sociais e culturais se modificam a cada geração. Por isso devem ser retiradas da tutela do ordenamento jurídico as condutas que se adequaram à evolução da sociedade, por não mais merecerem a reprimenda do direito penal.

1.3.3 Princípio da lesividade

¹³Ibidem, p. 106.

De acordo com o princípio doutrinário da lesividade ou da ofensividade, o direito penal apenas regerá situações que possam extrapolar o âmbito pessoal, atingindo, portanto, terceiros.

Nos diferentes ramos do Direito, é imprescindível a elucidação do bem jurídico que se busca tutelar através de uma norma penal, uma vez que só haverá crime quando o bem jurídico tutelado for relevante e por isso mereça a proteção do Direito Penal.

Nesse sentido leciona Bitencourt:

Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. [...] Em outros termos, o legislador deve abster-se de tipificar como crime ações incapazes de lesar ou, no mínimo, colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido pela norma penal. Sem afetar o bem jurídico, no mínimo colocando-o em risco efetivo, não há infração penal¹⁴.

Assim, aduz Rogério Greco: “O Direito Penal também não poderá punir aquelas condutas que não sejam lesivas a bens de terceiros, pois não excedem ao âmbito do próprio autor...”¹⁵.

E é por isso que Bitencourt assegura que o princípio da ofensividade possui duas funções, quais sejam:

[...] a primeira função do princípio da ofensividade é limitadora do *ius puniendi* estatal, dirigindo-se especificamente ao legislador, antes mesmo de realizar sua atividade-fim, qual seja, elaborar leis; a segunda configura uma limitação ao próprio Direito Penal, destinando-se ao aplicador da lei, isto é, ao juiz, que é, em última instância, o seu intérprete final. [...] Com efeito, devem-se conceber as duas funções mencionadas como complementares [...] ¹⁶.

Desse modo, o legislador, no exercício de sua função legislativa, não pode ignorar a lesividade ao criminalizar condutas, pois esse é o fundamento do princípio da ofensividade. O legislador não poderá, portanto, elaborar tipos

¹⁴BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo : Saraiva, 2012. Vol. 1. p. 111 – 112.

¹⁵GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. (Artigos 1º a 120 do Código Penal). 17. Ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. v. 1, p. 102.

¹⁶BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo : Saraiva, 2012. Vol. 1. p. 113. (grifo do autor)

penais socialmente aceitos. A omissão legislativa deverá, por sua vez, ser suprima pelo magistrado ou pelo intérprete da lei.

O Direito Penal limita-se bastante, em virtude do princípio da ofensividade, pois um fato não pode constituir um ilícito caso não seja ofensivo, lesivo a determinado bem jurídico. Haja vista que a punição por parte do Estado tem o escopo de ressocializar o indivíduo, é necessária a prática de comportamentos penalmente relevantes e socialmente reprováveis.

Nesse sentido O Estado apenas deverá intervir em casos excepcionais, de efetiva lesão a bens jurídicos relevantes, criminalizando somente as condutas humanas reprováveis. A própria Constituição Federal de 1988 não permite, em razão da dignidade da pessoa humana, que o Direito Penal puna comportamentos que não causem reprovação social.

2 A estrutura de proteção da sexualidade

2.1 A evolução da tutela da dignidade sexual

O presente capítulo trata de conceitos introdutórios e modificações legislativas acerca dos crimes contra dignidade sexual, a fim de traçar um panorama da evolução histórica do delito de estupro de vulnerável, bem como elucidar a dignidade sexual enquanto bem jurídico derivado da dignidade da pessoa humana, comentando sobre a caracterização do art. 217-A do Código Penal.

O Título VI, parte especial, do Código Penal de 1940, denominava-se “Dos crimes contra os costumes”, o qual era composto pelos seguintes capítulos: (I) Dos crimes contra a liberdade sexual, (II) Da sedução e da corrupção de menores, (III) Do rapto, (IV) Disposições gerais, (V) Do lenocínio e do tráfico de (mulheres) pessoas e (VI) Do ultraje público ao pudor.

Posteriormente, a Lei nº 11.106 de 2005 realizou algumas alterações no Título VI do CP, tais como a eliminação integral do Capítulo III, que abordava os crimes de rapto (arts. 219 a 222), a revogação do art. 217, objeto do Capítulo II, que tipificava o crime de sedução e a alteração do Capítulo V, antes intitulado “Do lenocínio e do tráfico de mulheres” para “Do lenocínio e do tráfico de pessoas”, ampliando a sua abrangência.

Para Bitencourt:

A impropriedade do Título “Dos crimes contra os costumes” já era reconhecida nos idos de 1940, pois não correspondia aos bens jurídicos que pretendia tutelar, violando o princípio de que as rubricas devem expressar e identificar os bens jurídicos protegidos em seus diferentes preceitos¹⁷.

Assim, era nítido que o Título VI do Código Penal Brasileiro tratava de crimes, cujos bens jurídicos tutelados eram bastante diversos, como deixa clara a nomenclatura dos referidos capítulos. Por se cuidar de bens jurídicos com peculiaridades distintas, é necessário abordar, portanto, o bem jurídico que

¹⁷BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial. Dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 6. ed. rev. e ampl. e atual. São Paulo : Saraiva, 2012. vol. 4. p. 79.

incentivou a nova denominação do Título VI: “Dos crimes contra a dignidade sexual”, que é a liberdade.

Segundo o supramencionado autor:

A liberdade, além de ser um dos bens jurídicos mais importantes da coletividade social, ao lado da própria vida e da saúde, é, certamente, um dos mais desrespeitados, além de ser frequentemente utilizado como meio para atentar contra outros bens jurídicos [...]¹⁸

Contudo, dentro do conceito de liberdade, está inserida a liberdade sexual, ou seja, o desempenho da própria sexualidade e a disposição do próprio corpo.

Assim aduz Bitencourt:

[...] a liberdade sexual, entendida como a faculdade individual de escolher livremente não apenas o parceiro ou parceira sexual, como também quando, onde e como exercitá-la, constitui um bem jurídico autônomo, distinto da liberdade genérica, com dignidade para receber, autonomamente, a proteção penal. Reconhecemos a importância de existir um contexto valorativo de regras que discipline o comportamento sexual nas relações interpessoais, pois estabelecerá os parâmetros de postura e de liberdade de hábitos, como uma espécie de cultura comportamental, que reconhece a autonomia da vontade para deliberar sobre o exercício da liberdade sexual de cada um e de todos, livremente¹⁹.

Nota-se, portanto, a evolução da legislação penal em consequência da modernização dos costumes. O Código Penal estava a merecer uma reforma, tendo em vista a liberação dos antigos costumes, pois o legislador não deve se ater aos hábitos sexuais que uma sociedade adota, de forma livre, sem qualquer constrangimento ou ofensa a direito alheio, mesmo que, tais hábitos possam ser, para alguns, inadequados ou até imorais. A mulher não mais deve ser vista como mero objeto de desejo sexual do homem ou símbolo de castidade.

E nesse sentido leciona Gustavo Octaviano:

A antiga e criticada referência aos crimes contra os costumes, que guardava o sentido de moralidade sexual, foi felizmente abandonada pelo legislador, que preferiu esclarecer que a moderna interpretação dos crimes contra a liberdade sexual não busca proteger a princípio

¹⁸Ibidem, p. 80.

¹⁹Ibidem, p. 82 – 83.

um sentimento de moralidade pública, mas sim a dignidade sexual enquanto faceta da dignidade da pessoa humana. É verdade que a dignidade sexual não queda desvinculada da moralidade pública, mas o vértice interpretativo deve atentar não ao sentimento social sobre o fato, mas sim sobre a existência de lesão ou perigo para a dignidade sexual dos envolvidos²⁰.

Além disso, complementa Rogério Greco: “O foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas, sim, a tutela da sua dignidade sexual”²¹.

A dignidade sexual relaciona-se com a autoestima e respeito pelo ser humano em sua vida íntima e privada sexual, permitindo-se a conclusão de que é capaz de realizar-se sexualmente, satisfazendo suas lascívia. Essa satisfação sexual, por sua vez, não poderá afrontar direito alheio. Desse modo, não cabe a intervenção do Estado nesse contexto, salvo para proibir condutas violentas e agressivas dos adultos e jovens (crianças e adolescentes) respectivamente.

É por isso que, sobre a tutela do bem jurídico da dignidade sexual, leciona Vicente de Paula R. Maggio:

Ao eleger a dignidade sexual como bem jurídico protegido, o Código Penal estabelece a devida sintonia com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). Toda pessoa humana tem o direito e exigir respeito em relação à sua vida sexual, como também tem a obrigação de respeitar as opções sexuais alheias e para tanto deve o Estado assegurar os devidos meios²².

Ademais, complementa Nucci:

Ao mencionar a *dignidade sexual*, como bem jurídico protegido, ingressa-se em cenário moderno e harmônico com o texto constitucional, afinal, *dignidade* possui a noção de decência, compostura e respeitabilidade, atributos ligados à honra. Associando-se ao termo *sexual*, insere-se no campo da satisfação da lascívia ou da sensualidade. Ora, considerando-se o direito à intimidade, à vida privada e à honra (art. 5º, X, CF), nada mais natural do que garantir a satisfação dos desejos sexuais do ser humano de forma digna e

²⁰ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Direito Penal: elementos do direito. 9. Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. vol. 7. p. 263.

²¹ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial (Artigos 213 a 361 do Código Penal). 13. Ed. Niterói: Impetus, 2016. vol. III. p. 01.

²² MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. Curso de Direito Penal: Parte especial (Arts. 213 a 288-A). Salvador: Juspodivm, 2015. vol. 3. p. 33.

respeitada, com liberdade de escolha, porém, vedando-se qualquer tipo de exploração, violência ou grave ameaça²³.

A modificação terminológica do Título VI do Código Penal buscou estabelecer uma nova compreensão acerca da natureza dos delitos sexuais, evidenciando o deslocamento da anterior tutela da moralidade e do pudor público para a proteção do indivíduo, classificando-se, assim, a dignidade sexual enquanto espécie do gênero dignidade da pessoa humana, priorizando o desenvolvimento da sexualidade e do exercício da liberdade sexual de forma sadia.

Por fim, o referido autor conclui:

O Código Penal estava a merecer, nesse contexto, reforma urgente, compreendendo-se a realidade do mundo moderno, sem que isso represente atentado à moralidade ou à ética, mesmo porque tais conceitos são mutáveis e acompanham a evolução social. Na atualidade, há nítida liberação saudável da sexualidade e não poderia o legislador ficar alheio ao mundo real²⁴.

Dessa feita, incluindo as alterações pela posterior Lei 12.015 de 2009, o Título VI denominou-se “Dos crimes contra dignidade sexual”, que divide-se em sete capítulos, quais sejam: Capítulo I – Dos crimes contra a liberdade sexual; Capítulo II – Dos crimes sexuais contra vulnerável; Capítulo III – Do rapto – revogado pela Lei 11.106 de 2005; Capítulo IV – Disposições gerais – crimes contra a liberdade sexual e crimes sexuais contra vulnerável; Capítulo V – Do lenocínio e do tráfico de pessoas para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual; Capítulo VI – Do ultraje público ao pudor; e Capítulo VII – Disposições gerais – crimes contra dignidade sexual.

2.2 A presunção de violência

O Código Penal de 1940 definia o estupro no art. 213: “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”, em seu Título VI – Dos crimes contra os costumes, Capítulo I – Dos crimes contra liberdade sexual.

²³NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 16. Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1120. (grifos do autor).

²⁴Idem.

Por sua vez, as hipóteses de estupro de vulnerável encontravam-se, genericamente, previstas nos arts. 213 e 214 (crimes de estupro e atentado violento ao pudor, respectivamente), combinados com o art. 224, do Código, prevendo a existência de uma violência presumida, quando o agente delituoso praticasse conjunção carnal ou ato libidinoso com qualquer dos sujeitos passivos que se enquadrassem nesse tipo de vulnerabilidade. Assim previa o art. 224, do CPB de 1940:

Art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima:

- a) não é maior de 14 (catorze) anos;
- b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;
- c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

A presunção de violência, instituída pelo Código Penal Brasileiro de 1940, difere do crime do estupro (art. 213) ou do atentado violento ao pudor (art. 214) por prescindir do emprego de violência ou grave ameaça para tipificação do tipo penal, visto que a vítima não podia validamente consentir.

Nesse sentido assegura Capez:

Com base na presença dessas circunstâncias, criou-se uma presunção legal do emprego de violência, pois, se não havia capacidade para consentir ou para resistir, presumia-se que o ato foi violento. Diferia da violência real, pois nesta havia efetiva coação física e moral. [...] mesmo que inexistisse a violência e que houvesse o consentimento da vítima, presumia-se a prática do crime de estupro se o ato sexual fosse realizado estando presente qualquer das condições acima citadas. O estupro com violência real ou presumida integrava, portanto, o mesmo tipo incriminador, com penas idênticas²⁵.

A presunção de violência, prevista no art. 224 do Código Penal de 1940, tinha o intuito de apresentar tratamento diferenciado às vítimas dos crimes sexuais. Dessa forma, para tipificação das condutas de estupro (art. 213) e atentado violento ao pudor (art. 214), em que o ofendido se enquadrasse em uma das hipóteses de aplicação da violência presumida, haveria combinação dos tipos penais com o art. 224, porque era considerada violenta a relação sexual com pessoa menor de 14 (quatorze) anos, ainda que no contexto fático não houvesse violência real.

²⁵CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Parte Especial. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 3. p. 102.

Segundo Nucci:

O fulcro da questão era, simplesmente, demonstrar que tais vítimas (enumeradas nas alíneas *a*, *b* e *c*) não possuíam consentimento válido para ter qualquer tipo de relacionamento sexual (conjunção carnal ou outro ato libidinoso). A partir dessa premissa, estabeleceu o legislador a chamada presunção de violência, ou seja, se tais pessoas, naquelas situações retratadas no art. 224, não tinham como aceitar a relação sexual, pois incapazes para tanto, naturalmente era de se presumir tivessem sido obrigadas ao ato. Logo, a conduta do agente teria sido violenta, ainda que de forma indireta²⁶.

Nas palavras de D'Elia, a presunção de violência se resume em uma ficção jurídica que tem como base as qualidades e condições das vítimas, de modo a adequar tipicamente os comportamentos contra essas vítimas, ainda que não estejam revestidos de violência física ou moral²⁷. Assim, para que o ato sexual fosse presumidamente violento, bastavam as características do ofendido, não sendo necessário, de fato, o uso da violência.

Encontravam-se, entretanto, posicionamentos divergentes na jurisprudência pátria no tocante ao instituto da presunção de violência. Alguns doutrinadores, então, defendiam que o fundamento jurídico da presunção de inocência era a *innocentia consilii* do sujeito passivo. Perceba-se:

O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos atos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento²⁸.

A teoria *innocentia consilii* não valorizava o consentimento do menor de 14 (quatorze) anos, tendo em vista seu reduzido ou quase nulo grau de maturidade, configurando o crime pela prática de atos sexuais com o menor, independente do seu consentimento. Essa teoria não questionava as circunstâncias de fato, fundamentando o seu entendimento apenas na necessidade de proteção do menor, incapaz de autodeterminar-se.

²⁶NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 16. Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1154.

²⁷D'ELIA, Fábio Suardi. Tutela Penal da Dignidade Sexual e Vulnerabilidade. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2014, p. 142.

²⁸DIÁRIO DAS LEIS. Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, 1940. Disponível em: <<http://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelinke.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>>. Acesso em: 9 set. 2017.

Assim, os doutrinadores adeptos a essa teoria defendiam que o consentimento do menor de 14 (quatorze) anos para a prática de atos sexuais ou a experiência anterior da vítima menor seria insuficiente para afastar a presunção de violência na tipificação do estupro ou do atentado violento ao pudor.

Entretanto, a partir da década de 1980, os tribunais passaram a questionar a presunção de violência constante no art. 224, *a*, do CP, entendendo-a como relativa em alguns casos, em virtude das mudanças havidas na sociedade entre o final do século XX e início do século XXI, afirmando que o instituto da presunção de violência não mais correspondia com a realidade sexual da época e, por isso, os menores de 14 (quatorze) anos poderiam dispensar a mesma proteção que recebiam pelo Código Penal de 1940.

A expressão “presunção” contida no art. 224 do Código Penal gerou muita polêmica, uma vez que conforme Nucci: “em Direito Penal, torna-se difícil aceitar qualquer tipo de presunção contra os interesses do réu, que é inocente até sentença condenatória definitiva”²⁹.

Contudo, a maior parte da doutrina, por defender a referida presunção de violência como absoluta (*juris et de iure*), entendia que nada era mais objetivo do que a idade.

Nesse sentido leciona Greco:

Assim, não se justificavam as decisões dos Tribunais que queriam destruir a natureza desse dado objetivo, a fim de criar outro, subjetivo. Infelizmente, deixavam de lado a política criminal adotada pela legislação penal [...] Não conseguiram entender, *permissa venia*, que a lei penal havia determinado, de forma objetiva e absoluta, que uma criança ou mesmo um adolescente menor de 14 (quatorze) anos, por mais que tivessem uma vida desregrada sexualmente, não eram suficientemente desenvolvidos para decidir sobre seus atos sexuais. Suas personalidades ainda estavam em formação³⁰.

A corrente acerca da presunção absoluta de violência procurava justificar-se pela alegação do projeto que resultou na edição da Lei

²⁹NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 16. Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1154.

³⁰GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 11. Ed. rev., atual. e ampl. Niterói: Impetus, 2017. P. 1185.(grifo do autor).

12.015/2009, ou seja, ao ser destacada a vulnerabilidade e a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com certas pessoas, não se adentra no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática³¹.

Assim, antes de contemplar as efetivas alterações advindas da Lei 12.015/2009, faz-se necessário contextualizar a evolução das gerações no tocante à sexualidade, principalmente dos adolescentes, haja vista o projeto da referida lei ter sido proposto diante das novas formas de violação sexual apresentadas à época.

2.3 O desenvolvimento da sexualidade nos adolescentes

A sexualidade, além dos aspectos biológicos, também está relacionada aos aspectos afetivos, aos valores culturais, que contribuem para a formação da identidade geral e sexual. O desenvolvimento psicossocial e sexual, as relações sociais e o equilíbrio emocional da pessoa estão adstritos às suas experiências sexuais, que ocorreram ou não, durante sua infância e adolescência em direção à fase adulta.

Porquanto mantém-se ligada à personalidade, a sexualidade está relacionada ao desenvolvimento do indivíduo. Desse modo, os relacionamentos e as manifestações de sentimentos, dependem da boa evolução da sexualidade, durante a infância e adolescência.

A identidade sexual, elemento fundamental da identidade geral, se define na adolescência, abarcando a interação com a família, fatores morais, culturais, religiosos, sociais, além de outros.

Durante a adolescência, modificam-se as relações, tanto com a família, como com o grupo social em que o indivíduo está inserido. Iniciam-se as experimentações e, em seguida, possíveis condutas de risco. Nesse processo, portanto, a família e a escola desempenham importantes tarefas de proteção e apoio em direção à maturidade.

³¹Ibidem, p. 1186.

É plenamente possível que a sexualidade, nos dias de hoje, contribua para que os adolescentes vivenciem a própria sexualidade e relações afetivas precocemente, sem riscos. Na adolescência, a vivência da sexualidade determinará a evolução da maturidade e poderá se dar de diversas formas.

Nessa fase o contato provoca a necessidade de formação de vínculos afetivos, que poderão determinar novas experiências. Essa troca afetiva poderá ser ou não valorizada e, assim, desenvolver a formação de vínculos afetivos mais profundos.

A questão da sexualidade e da relação afetivo-sexual é enfrentada por todas as sociedades, até porque os meios de comunicação abordam a sexualidade de maneira banalizada, de forma que não contribuem, efetivamente, para que o adolescente exercite sua sexualidade com critérios de causa e consequência.

Inevitável, com a ampla divulgação da mídia de imagens eróticas e informações acerca do sexo, que os adolescentes despertem o seu interesse sexual cada vez mais cedo, começando namoros e iniciando relações sexuais com menor idade.

A sociedade atual contempla uma adolescência cada vez mais precoce, onde os jovens atingem a maturidade antes mesmo do seu tempo, principalmente devido ao tão fácil acesso à informação e ao comportamento da sociedade aos relacionamentos amorosos, até mesmo coniventes dos pais e familiares, dos adolescentes.

Além disso, o desenvolvimento da sexualidade é um fenômeno social que sofre modificação a cada nova geração. A sociedade e a cultura sofrem grandes alterações de valores, que refletem diretamente nos adolescentes. Essas mudanças juntamente com as transformações biológicas, psicológicas e sociais repercutem na transição da infância para a puberdade e, posteriormente, para a fase adulta.

Diante disso, apesar das políticas públicas garantirem o exercício da sexualidade independentemente da faixa etária, os adolescentes nem sempre são contemplados com tais direitos, tendo em vista incompreensão social entre os direitos sexuais e a violação sexual. Essa incompreensão decorre da falsa

percepção dos direitos sexuais enquanto formas de combate ao abuso, à violência e a exploração sexual, que, na realidade, são sinônimos da violação sexual.

O ordenamento jurídico acaba por limitar a autonomia e a liberdade sexual do adolescente, quando as mesmas são abordadas como riscos e não direitos. É por isso que a autonomia sexual deve ser entendida como um processo de construção de cada geração através dos aspectos biológicos, psicológicos e sociais.

2.4 O advento da Lei 12.015/2009 e a tipificação do estupro de vulnerável

Diante das mudanças havidas na sociedade, tendo em vista que o Estado encontrava-se defronte de novos desafios como a exploração sexual de menores, foi criada, no Congresso Nacional, uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI), que segundo Rogério Greco:

[...] tinha por finalidade investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil. Essa CPMI encerrou oficialmente seus trabalhos em agosto de 2004, trazendo relatos assustadores sobre a exploração sexual em nosso país, culminando por produzir o Projeto de Lei nº 253/2004, que, após, algumas alterações, veio a se converter na Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009³².

Assim, em 2009 foi publicada a Lei nº 12.015, que teve por escopo a modificação do Código Penal Brasileiro quanto aos crimes contra liberdade sexual. Houve a substituição do título “Dos Crimes Contra os Costumes” para “Crimes Contra a Dignidade Sexual”, ressaltando a proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana, pilar do Estado Democrático de Direito, conferida pela Constituição Federal de 1988.

A referida alteração indica a preocupação do legislador com a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, a dignidade sexual dos ofendidos, não apenas ao sentimento de repulsa gerado com a prática desses delitos.

³²GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial (Artigos 213 a 361 do Código Penal). 13. Ed. Niterói: Impetus, 2016. vol. III. p. 02.

O Código Penal Brasileiro previa entre os Crimes Contra a Liberdade Sexual, a figura do estupro e do atentado violento ao pudor, que possuíam a mesma pena em abstrato (seis a dez anos de reclusão). Ambos tinham o emprego de violência real como elementar do tipo penal, segundo constata Nucci:

- Estupro: “constranger (tolher a liberdade, forçar ou coagir) mulher à conjunção (cópula entre pênis e vagina), mediante violência ou grave ameaça”³³.
- Atentado Violento ao Pudor: “constranger (tolher a liberdade, forçar ou coagir) alguém a praticar (atitude comissiva) ou permitir que com ele se pratique (atitude passiva) ato libidinoso (qualquer contato que propicie a satisfação do prazer sexual, como, por exemplo, o sexo oral ou anal, ou o beijo lascivo) diverso da conjunção carnal (ato reservado ao estupro), mediante violência ou grave ameaça”³⁴.

Após a alteração pela referida lei, foi extinto o crime de atentado violento ao pudor do CPB, e as condutas previstas nesse tipo foram incorporadas ao crime de estupro. Assim, houve a junção das condutas anteriormente previstas nos arts. 213 e 214 do CPB em um único tipo penal, dando-se nova redação ao estupro:

- Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:
 Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.
 § 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:
 Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.
 § 2º Se da conduta resulta morte:
 Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Outra significativa alteração foi a exclusão da figura da presunção de violência, anteriormente prevista no art. 224, do CPB. De acordo com o instituto em comento, presumia-se o emprego da violência quando praticado o suposto crime contra a liberdade sexual do menor de 14 anos; alienados ou débeis mentais; ou quando o ofendido não pudesse, por qualquer outra causa, oferecer resistência, desconsiderando as capacidades volitivas desses indivíduos, tratando-os como inimputáveis.

Nesse sentido, Nucci entende:

³³NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral: parte especial. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.788.

³⁴Ibidem. loc cit.

[...] correta a eliminação da denominada *presunção de violência*, a fim de não criar a falsa dedução de que haveria, em direito penal, presunções (ilações, probabilidades) extraídas em concreto contra os interesses do acusado³⁵.

Com a exclusão do art. 224, do Código Penal, foi editado o novo art. 217-A, configurando o estupro de vulnerável nos seguintes termos:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º [\(VETADO\)](#)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Ademais, a pena também foi alterada, visto que antes se verificava a *presunção de violência* como agravante. Assim, conforme Nucci:

Elevou-se a pena para reclusão, de oito a quinze anos. Nesse caso, resolveu-se mais um problema, consistente na incidência do aumento determinado pelo art 9º da Lei dos Crimes Hediondos, quando fosse aplicável o art. 224 do Código Penal. [...] O estupro de vulnerável recebe pena autônoma e superior ao estupro comum³⁶.

O legislador, ao revogar o art. 224, retirando da lei o termo “*presunção de violência*”, tipificando o estupro de vulnerável, tentou acabar com a discussão que havia nos Tribunais quanto à natureza relativa do instituto em comento, que tinha por fim dar margem ao consentimento do menor.

Então, a alteração legislativa evidenciou a invalidade do consentimento da vítima menor de 14 (quatorze) anos para prática de atos sexuais, não deixando lacunas para outras interpretações, prevendo que o indivíduo menor de 14 anos é absolutamente incapaz de consentir.

Nucci registra que o legislador, por meio da alteração legislativa, buscou:

[...] inserir, tacitamente, sem mais falar em *presunção* – um termo que sempre gerou polêmica em direito penal, pois atuava contra os interesses do réu -, a coação psicológica no tipo idealizado [...]. Em

³⁵NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 10. Ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 762 - 763. (grifo do autor).

³⁶NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra dignidade sexual. 5. Ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 224.

outros termos, reproduz-se o disposto no art. 224 no novo tipo penal do art. 217-A, sem mencionar a expressão *violência presumida*³⁷.

Com o advento da Lei 12.015/2009, em relação às transformações relativas aos crimes sexuais perpetrados contra vulneráveis, o intuito maior foi o objetivo de dirimir as controvérsias existentes sobre a constitucionalidade da presunção de violência, bem como definir se tal instituto é absoluto ou relativo.

Isto posto, após as transformações ocasionadas pela citada lei e a consequente tipificação do crime de estupro de vulnerável, enquanto crime autônomo, é imprescindível que se faça algumas considerações acerca das peculiaridades do novo tipo penal.

2.5 As generalidades do art. 217-A do Código Penal Brasileiro

2.5.1 Objeto jurídico

A partir da alteração no crime de estupro com a Lei 12.015/2009, em substituição à terminologia “crimes contra os costumes”, tratam-se no Título VI do Código Penal dos crimes contra a dignidade sexual, vinculando a tutela penal à liberdade sexual e, assim, ao direito de escolha dos parceiros sexuais.

Segundo Rogério Greco, são bens jurídicos tutelados, no estupro de vulnerável, tanto a liberdade quanto a dignidade sexual:

A lei, portanto, tutela o direito de liberdade que qualquer pessoa tem de dispor sobre o próprio corpo no que diz respeito aos atos sexuais. O estupro de vulnerável, atingindo a liberdade sexual, agride, simultaneamente, a dignidade do ser humano, presumivelmente incapaz de consentir para o ato, como também seu desenvolvimento sexual³⁸.

Nesse raciocínio, o tipo penal ao atingir a liberdade sexual interfere, também, na dignidade e no desenvolvimento sexual do incapaz de consentir para as práticas sexuais. A liberdade sexual seria, portanto, a possibilidade de

³⁷NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes Contra a Dignidade Sexual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 115 (grifos do autor).

³⁸GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 11. Ed. rev., atual. e ampl. Niterói: Impetus, 2017. P. 1192.

seu titular determinar seu comportamento sexual, no sentido de decidir sobre sua sexualidade, além de com quem manterá relações sexuais.

Para Vicente de Paula:

O objeto jurídico do crime de estupro de vulnerável é a inviolabilidade sexual. O delito atinge, simultaneamente, a dignidade e o desenvolvimento sexual da pessoa humana, presumivelmente incapaz ou sem o necessário discernimento para a prática do ato, ou sem condições para oferecer resistência³⁹.

Assim, em relação aos valores jurídicos tutelados no estupro de vulnerável, além do que já fora mencionado, a dignidade da pessoa humana também constitui o bem jurídico protegido de forma mediata, enquanto a dignidade sexual se apresenta como objeto jurídico imediato, tendo em vista que aquela engloba essa última.

2.5.2 Objeto material

No crime de estupro de vulnerável, o objeto material é a pessoa vulnerável sobre a qual a conduta do agente delituoso recai. Também nesse sentido leciona Greco:

O objeto material do delito é a *criança*, ou seja, aquela que ainda não completou os 12 (doze) anos, nos termos preconizados pelo caput do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e o *adolescente menor de 14 (quatorze) anos*, bem como a vítima acometida de *enfermidade ou deficiência mental*, que não tenha o discernimento necessário para a prática do ato, ou que, por outra causa, *não pode oferecer resistência*⁴⁰.

Desse modo, em virtude do caput do art. 217-A do Código Penal Brasileiro, a vítima é o indivíduo menor de 14 (quatorze) anos. Portanto, podem ser crianças, com idade de 12 (doze) anos incompletos, e adolescentes, com idade de 14 (quatorze) anos incompletos.

2.5.3 Elemento objetivo

³⁹ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. Curso de Direito Penal: Parte especial (Arts. 213 a 288-A). Salvador: Juspodivm, 2015. vol. 3. p. 58.

⁴⁰ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial (Artigos 213 a 361 do Código Penal). 13. Ed. Niterói: Impetus, 2016. vol. III. p. 91. (grifos do autor)

O art. 217-A do Código Penal determina que a execução do estupro de vulnerável se dá pela realização de conjunção carnal e a prática de atos libidinosos. Conforme disciplina Nucci, são elementos do tipo:

Ter (conseguir, alcançar) *conjunção carnal* (cópula entre pênis e vagina) ou *praticar* (realizar, executar) outro *ato libidinoso* (qualquer ação relativa à obtenção de prazer sexual) com menor de 14 anos, com alguém *enfermo* (doente) ou *deficiente* (portador de retardo ou insuficiência) mental, que não possua o *necessário* (indispensável) *discernimento* (capacidade de distinguir e conhecer o que se passa, critério, juízo) para a prática do ato, bem como com alguém que, por outra *causa* (motivo, razão), não possa oferecer *resistência* (força de oposição contra algo)⁴¹.

Para Vicente de Paula:

O núcleo do tipo penal está representado pelos verbos *ter* (obter, alcançar, conseguir) e *praticar* (realizar, fazer, efetuar) [...] São duas as condutas típicas: (1) ter conjunção carnal (é a cópula vagínica, ou seja, o relacionamento sexual normal entre homem e mulher, com a penetração completa ou incompleta do pênis na vagina, com ou sem ejaculação); (2) praticar outro ato libidinoso (é aquele que visa ao prazer sexual, com exceção da conjunção carnal, tais como os toques íntimos, a introdução de dedos ou objetos na vagina, o sexo oral, o sexo anal etc)⁴².

Dessa forma, a execução do crime de estupro de vulnerável é de forma livre, não se vinculando a nenhum meio de execução específico, como a violência, a grave ameaça ou a fraude, pois se entende que a vulnerabilidade do ofendido implica na invalidade do seu consentimento.

Nesse raciocínio Rogério Greco leciona que o núcleo *ter* previsto no estupro de vulnerável não exige que a conduta seja praticada mediante violência ou grave ameaça, ao contrário do núcleo *constranger*, abarcado pelo art. 213 do CP, que configura o crime de estupro. Basta que o agente, efetivamente, pratique conjunção carnal, que poderá, inclusive, ser consentida pela vítima, ou que com ela pratique outro ato libidinoso⁴³.

⁴¹NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 10. Ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 761. (grifos do autor)

⁴²MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. Curso de Direito Penal: Parte especial (Arts. 213 a 288-A). Salvador: Juspodivm, 2015. vol. 3. p. 59.

⁴³GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 11. Ed. rev., atual. e ampl. Niterói: Impetus, 2017. P. 1187.

Entretanto, se o agente empregar violência ou grave ameaça, haverá a incidência das formas qualificadas do estupro de vulnerável, quais sejam: a qualificação pela lesão corporal de natureza grave ou pela morte.

2.5.4 Elemento subjetivo

Segundo Nucci, o elemento subjetivo do delito de estupro de vulnerável é dolo. Exige-se, ainda, o elemento subjetivo específico, consistente na busca pela satisfação da lascívia, entendida como elemento subjetivo de tendência, visto que a ação deve ser acompanhada de determinado ânimo, que, por sua vez, é indispensável para a realização do delito⁴⁴.

A vontade de ter conjunção carnal ou de praticar ato libidinoso com menor de 14 anos ou pessoa vulnerável, nos termos do parágrafo 1º do art. 217-A do Código Penal, é o dolo. Portanto, no estupro de vulnerável é necessária a consciência da condição de vulnerabilidade do sujeito passivo.

Assim, para Vicente de Paula:

O elemento subjetivo do crime de estupro de vulnerável é o dolo, consistente na vontade livre e consciente de ter conjunção carnal ou de praticar outro ato libidinoso, devendo o agente conhecer a condição de vulnerabilidade da vítima, pois, caso contrário, poderá ser alegado o erro de tipo (CP, art. 20, *caput*) e, consequentemente, poderá ser afastado o dolo e a tipicidade do fato⁴⁵.

Por fim, segundo Greco: “não é admissível a modalidade culposa, por ausência de disposição legal expressa nesse sentido”.⁴⁶

2.5.5 Sujeito ativo

⁴⁴NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 10. Ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 761.

⁴⁵MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. Curso de Direito Penal: Parte especial (Arts. 213 a 288-A). Salvador: Juspodivm, 2015. vol. 3. p. 59 – 60. (grifo do autor)

⁴⁶GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 11. Ed. rev., atual. e ampl. Niterói: Impetus, 2017. P. 1194.

Antes da Lei 12.015/2009, o sujeito ativo do crime de estupro era apenas o homem, tratando-se, portanto, de crime próprio, pois exigia uma qualidade especial do agente delituoso.

A partir da Lei 12.015/2009, o estupro pode ser praticado tanto por homem, como pela mulher, visto que o estupro de vulnerável passou a ser um crime comum, assim qualquer pessoa poderá configurar como sujeito ativo, inexigindo qualquer qualidade especial do sujeito ativo ou passivo.

Confirmando esse pensamento, Greco aduz:

Tanto o homem quanto a mulher podem configurar como sujeito ativo do delito de estupro de vulnerável, com a ressalva de que, quando se tratar de conjunção carnal, a relação deverá, obrigatoriamente, ser heterossexual; nas demais hipóteses, ou seja, quando o comportamento for dirigido a praticar outro ato libidinoso, qualquer pessoa poderá figurar nessa condição⁴⁷.

Assim, nas demais hipóteses, que se encaixam na prática de atos libidinosos, qualquer pessoa poderá figurar na condição de sujeito ativo, pois independe da oposição de sexos.

2.5.6 Sujeito passivo

Antes do advento da Lei 12.015 de 2009, apenas a mulher configurava como sujeito passivo, em razão da previsão legal. Entretanto, com as inovações do art. 217-A do Código Penal será sujeito passivo o indivíduo que se enquadrar nas condições de vulnerável.

Pelo caput do referido artigo, será vulnerável a pessoa menor de 14 (quatorze) anos. A lei considera que tais indivíduos não possuem maturidade sexual ou desenvolvimento mental completo para consentir sobre a prática de atos sexual, pela justificativa da tenra idade.

O legislador apresentou uma divisão entre os menores que padecem do vício de vontade, daqueles que já possuem discernimento para práticas de atos sexuais sem impedimentos. Pois está excluído desse rol de sujeitos passivos

⁴⁷ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial (Artigos 213 a 361 do Código Penal). 13. Ed. Niterói: Impetus, 2016. vol. III. p. 91.

aquele que completa quatorze anos, desde os primeiros instantes de seu aniversário, afastando-se a hipótese de configuração do estupro de vulnerável nesses casos. Assim, a pessoa deixa de ser considerada vulnerável no instante em que completa 14 anos.

Diante disso, existe uma passagem brusca da completa privação de autodeterminação sexual para a sua total liberdade, quando atingido o marco etários dos 14 (quatorze) anos. O adolescente, então, adquire plena capacidade sexual no dia de seu 14º aniversário, idade prevista pelo legislador.

3 A possibilidade de relativização da vulnerabilidade

3.1 O conceito de vulnerabilidade

A vulnerabilidade, por ser conceituada em diversas áreas de estudo, é muito ampla. Mas há uma importante definição, é a do Conselho Nacional de Saúde, conforme a Resolução nº 196/1996, sendo, portanto:

[...] estado de pessoas ou grupos que, por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido⁴⁸.

Para que, então, seja assegurada a isonomia, tratando os desiguais na medida de suas desigualdades, é que deve ser despendido tratamento diferenciado aos vulneráveis, para a proteção de suas fragilidades.

Com as alterações feitas pela Lei 12.015 de 2009 e a substituição da ideia de presunção de violência pelo conceito de vulnerabilidade, o Capítulo II, do Título VI do Código Penal, passou a adotar o título de “Dos crimes sexuais contra vulnerável”, disposto entre os tipos penais do art. 217-A ao art. 218-B.

De acordo com o art. 217-A do Código Penal, são vulneráveis para a prática de atividade sexual: o menor de 14 anos; quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; ou quem, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Vulnerável, no contexto da norma, significa a incapacidade ou fragilidade de alguém, motivada por circunstâncias especiais. Para Nucci: “adotou a Lei 12.015/2009 a conceituação de vulnerabilidade (estado de quem está privado da capacidade de resistência, sujeito à lesão ou despido de proteção)”⁴⁹, abrangendo a capacidade de compreensão e aquiescência ao ato sexual.

Então, no sentido conferido pelo caput do art. 217-A do Código Penal, é vulnerável a pessoa menor de 14 (quatorze) anos que, por encontra-se no processo de formação de sua personalidade, se encontra sujeito à abusos e violações causados por delitos de natureza sexual.

⁴⁸Resolução nº 196/1996 do Conselho Nacional de Saúde. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/1996/res0196_10_10_1996.html>. Acesso em: 9 set. 2017.

⁴⁹NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 10. Ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 763.

Na presente monografia, é abordada a vulnerabilidade considerando o fator cronológico, ou seja, a idade do menor de 14 anos, apesar do tipo penal também conter a conduta prevista no parágrafo 1º com as mesmas penas para a ação descrita no caput.

É importante entender o alcance do termo vulnerabilidade para que a incidência da norma não seja absoluta, de modo que apenas seria necessária a juntada ao processo da certidão de nascimento, comprovando a idade inferior aos 14 (quatorze) anos, para configurar a vulnerabilidade.

O legislador não trata, no art. 217-A, da vulnerabilidade eventual ou circunstancial. Ao observar as hipóteses elencadas como caracterizadoras da condição de vulnerabilidade, conclui-se que foram incluídas, nessa classificação, pessoas que são absolutamente inimputáveis, ainda que seja discutida a capacidade plena de discernimento dos maiores de 12 e menores de 14 anos.

Por sua vez, para Capez: “a lei não se refere à capacidade de consentimento ou à maturidade sexual da vítima, mas ao fato de se encontrar em condição de fraqueza moral, social, cultural, fisiológica, biológica etc”⁵⁰.

Por isso, segundo o mencionado autor:

[...] não se confundem a vulnerabilidade e a presunção de violência da legislação anterior. São vulneráveis os menores de 18 anos, mesmo que tenham maturidade prematura. Não se trata de presumir incapacidade e violência. A vulnerabilidade é um conceito novo muito mais abrangente, que leva em conta a necessidade de proteção do Estado em relação a certas pessoas ou situações. Incluem-se no rol de vulnerabilidade casos de doença mental, embriaguez, hipnose, enfermidade, idade avançada, pouca ou nenhuma mobilidade de membros, perda momentânea de consciência, deficiência intelectual, má formação cultural, miserabilidade social, sujeição a situação de guarda, tutela ou curatela, temor reverencial, enfim, qualquer caso de evidente fragilidade.

Apesar da redação do artigo, que conceitua como vulneráveis, em função da idade, os menores de 14 (quatorze) anos, o legislador se utilizou do mesmo termo, vulnerável, para dar proteção aos menores de 18 anos em outros delitos.

⁵⁰CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Parte Especial 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. 3. P. 103.

Nesse sentido, explica Bitencourt que na realidade o legislador fez uma grande confusão com a idade vulnerável, ora referindo-se ao menor de 14 anos, como nos delitos dos arts. 217-A, 218 e 218-A do Código Penal, ora aos menores de 18 anos⁵¹. Assim, o referido autor deslumbra a existência de duas espécies de vulnerabilidade, uma absoluta (menores de 14 anos) e outra relativa (menores de 18 anos)⁵².

Fatores sociais e culturais também influem no conceito de vulnerabilidade, sobretudo com relação à idade do ofendido, pois se modifica a cada nova geração pela evolução da moral sexual contemporânea, uma vez que a sexualidade não é um tema estático.

3.2 A vulnerabilidade absoluta e relativa

A proteção do Direito Penal estende-se com maior cuidado às pessoas incapazes de exteriorizar seu consentimento de forma plena. Com relação a tais situações, conforme Nucci:

[...] não se pode pretender a tipificação perfeita no modelo comum de estupro, que significa ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso, com violência ou grave ameaça. Afinal, as pessoas incapazes podem relacionar-se sexualmente sem qualquer coação física, porém teria ocorrido uma coação psicológica, diante do estado natural de impossibilidade de compreensão da seriedade do ato realizado⁵³.

Nessa lógica, pelo Código de 1940, criou-se a presunção de violência, prevista no art. 224, que abarcava os menores de 14 (quatorze) anos, os alienados ou débeis mentais e aqueles que, por alguma causa, não pudessem oferecer resistência. Considerando-se, portanto, presumidamente violenta a relação sexual com tais indivíduos, a tipificação do crime de estupro ou de atentado violento ao pudor era combinada com o art. 224 do Código Penal.

A discussão acerca da presunção de violência encontrava-se na sua qualidade, ou seja, se absoluta, não possibilitando a prova em contrário, ou se

⁵¹BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 4p. 94.

⁵²Idem.

⁵³NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra dignidade sexual. 5. Ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 221 - 222.

relativa, comportando a possibilidade de prova em contrário. Tal debate se dava, principalmente, com relação à idade dos menores de 14 (quatorze) anos, pois quanto aos alienados, de forma geral, e às pessoas com reduzida capacidade de resistência, dependia-se da comprovação dessa condição mediante prova pericial. Comprovada a enfermidade ou incapacidade, era de caráter absoluto a presunção de violência.

Tendo em vista a busca pela resolução da discussão acerca do caráter da presunção de violência, criou-se o art. 217-A do Código Penal (estupro de vulnerável), como crime autônomo, apresentando o vulnerável como incapaz de consentir validamente para o ato sexual.

Para Nucci:

[...] o que se pretende é inserir, tacitamente, sem mais falar em *presunção* - um termo que sempre gerou polêmica em direito penal, pois atuava contra os interesses do réu -, a coação psicológica no tipo idealizado. Proíbe-se o relacionamento sexual do vulnerável, considerando o menor de 14 anos, o enfermo ou deficiente, sem discernimento para a prática do ato, bem como aquele que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. Em outros termos, reproduz-se o disposto no art. 224 no novo tipo penal do art. 217-A, sem mencionar a expressão *violência presumida*.⁵⁴

O surgimento de um novo tipo penal não exclui a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da presunção de violência prevista no Código Penal de 1940. Agora, concebida na figura da vulnerabilidade, é possível tratá-la da mesma forma, como sendo absoluta ou relativa.

Apesar da maioria da doutrina e também da jurisprudência, se manter adstrita à vulnerabilidade absoluta, porquanto a idade representa um elemento objetivo, proibindo categoricamente qualquer pessoa de manter relacionamento sexual ou praticar ato libidinoso diverso com menor de 14 (quatorze) anos, haja vista a incompatibilidade entre o desenvolvimento sexual e a iniciação de práticas sexuais, determinados autores, como Guilherme Nucci e Bitencourt, entendem que não haverá discussão quando a vítima tiver idade inferior a 12 (doze) anos, pois nesses casos a vulnerabilidade há sempre de ser considerada absoluta. Entretanto, com relação aos adolescentes, maiores de 12 (doze) anos até os 14 (quatorze) anos incompletos, busca-se a relativização

⁵⁴Ibidem, p. 223. (grifos do autor).

da vulnerabilidade pela análise do contexto social, a forma de criação, além do conhecimento em matéria sexual.

Consagrando-se o caráter absoluto da vulnerabilidade, o Direito Penal intervém, em demasia, na esfera pessoal do indivíduo. Na sociedade em que vivemos, os adolescentes iniciam suas vidas amorosas cada vez mais cedo, namorando precocemente e já mantendo relações sexuais.

Nesse sentido, o referido autor ainda indaga:

É viável considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? A posição que nos parece mais acertada é a da vulnerabilidade relativa. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade⁵⁵.

Sendo assim, o legislador, no cenário dos atos sexuais, não pode ser incapaz de acompanhar o avanço dos comportamentos da sociedade e permanecer habituado ao moralismo reinante na esfera sexual. Observa-se, através das redes sociais e dos meios de comunicação, que a vida sexual tem se iniciado cada vez mais precocemente, tornado a norma prevista no art. 217-A, caput, do Código Penal desatualizada com a realidade do mundo atual, sendo, portanto, inadequada ao não considerar os princípios da intervenção mínima e da lesividade, fundamentais para o Direito Penal por limitar o Direito de punir do Estado.

Por isso, torna-se possível a relativização do menor de 14 (quatorze) anos, levando-se em consideração que sua vulnerabilidade, em algumas situações, não está explícita, seja porque a vítima apresenta porte físico avantajado ou atitudes atípicas da idade vulnerável.

⁵⁵Ibidem, p. 225.

3.3 O erro de tipo no estupro de vulnerável

O erro de tipo, na verdade, não é propriamente uma corrente doutrinária que defende a relativização da vulnerabilidade, pois se restringe a reconhecer que as hipóteses de erro de tipo quanto à elementar normativa da menoridade da vítima, afastando o caráter absoluto da vulnerabilidade para a absolvição do agente em virtude da atipicidade subjetiva de sua conduta.

O instituto do erro de tipo vem sendo utilizado nas alegações da defesa do acusado, em determinadas situações, para justificar a conduta do agente sobre o erro acerca elemento constitutivo do tipo penal. Assim, o erro sobre a idade da vítima, reunido à maturidade física e mental da pessoa menor de 14 (quatorze) anos, poderá ser usado para pleitear a absolvição do acusado através da exclusão da tipicidade por erro essencial sobre elemento do tipo.

Em virtude da necessidade de adaptação da norma à realidade, em se tratando de estupro de vulnerável, é imprescindível a abrangência do dolo do agente ao praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso com o vulnerável.

É necessária a consciência do agente em praticar relação ou ato sexual com a pessoa que se enquadrar em quaisquer das condições de vulnerabilidade estabelecidas pelo art. 217-A, do Código Penal. Se, porventura, essa ciência não ocorrer, encontra-se a possibilidade de aplicação do instituto denominado de erro de tipo e, portanto, não será cabível a punição do agente.

Desse modo, faz-se necessária a conceituação do instituto em comento. Pela redação do art. 20 do Código Penal, tem-se que: “o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei”.

Para Damásio de Jesus:

Erro de tipo é o que incide sobre as elementares ou circunstâncias da figura típica, sobre os pressupostos de fato de uma causa de justificação ou dados secundários da norma penal incriminadora. É o que faz o sujeito supor a ausência de elemento ou circunstância da figura típica incriminadora ou a presença de requisitos da norma permissiva⁵⁶.

⁵⁶ JESUS, Damásio de. Direito Penal: parte geral. 33. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 1. p. 349.

No mesmo sentido, aduz Greco:

Entende-se por erro de tipo aquele que recai sobre as elementares, circunstâncias ou qualquer dado que se agregue à determinada figura típica. [...] Quando o agente tem essa “falsa representação da realidade”, falta-lhe, na verdade, a consciência de que pratica uma infração penal [...] ⁵⁷.

Portanto, é a falha na percepção do caso concreto, ou seja, é o erro que recai sobre qualquer elemento previsto em lei para o reconhecimento da conduta delituosa, incluindo dados secundários da norma penal. O erro, desse modo, é o conhecimento falso acerca de algo, o que não se confunde com a ignorância, que é a falta de conhecimento sobre algo.

Para Zaffaroni e Pierangeli:

O erro de tipo é o fenômeno que determina a ausência de dolo quando, havendo uma tipicidade objetiva, falta ou é falso o conhecimento dos elementos requeridos pelo tipo objetivo. [...] Não havendo o querer da realização do tipo objetivo, não há dolo e, portanto, a conduta é atípica. São casos em que há tipicidade objetiva, mas não há tipicidade subjetiva, porque falta o dolo. Dolo é querer a realização do tipo objetivo; quando não se sabe que se está realizando um tipo objetivo, este querer não pode existir e, portanto, não há dolo: este é o erro de tipo ⁵⁸.

Desse modo, afastando-se a vontade e a consciência do suposto agente, a consequência do erro de tipo é sempre a exclusão do dolo. Havendo, contudo, possibilidade de punição da conduta culposa, desde que haja previsão legal.

Há, portanto, duas formas de erro de tipo essencial: erro inevitável ou evitável. Assim, para Damásio de Jesus:

Há erro invencível (escusável ou inculpável) quando não pode ser evitado pela normal diligência. Qualquer pessoa, empregando a diligência ordinária exigida pelo ordenamento jurídico, nas condições em que se viu o sujeito, incidiria em erro. Há erro vencível (inescusável ou culpável) quando pode ser evitado pela diligência ordinária, resultando de imprudência ou negligência. Qualquer

⁵⁷ GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 9. Ed. rev., atual. e ampl. Niterói: Impetus, 2015. P. 82.

⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 10. Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 442. (grifos do autor).

pessoa, empregando a prudência normal exigida pela ordem jurídica, não cometeria o erro em que incidiu o sujeito⁵⁹.

O efeito jurídico do erro de tipo essencial invencível (escusável, justificável, inevitável) é a exclusão da tipicidade dolosa e de qualquer outra tipicidade, tendo em vista que o agente não agiu dolosa ou culposamente. Sendo o erro de tipo essencial vencível (inescusável, injustificável, evitável), a consequência é a exclusão da tipicidade dolosa, permitindo a responsabilização culposa, caso o crime admita tal elemento subjetivo.

Entretanto, cumpre salientar que, sobrevivendo a hipótese de erro de tipo essencial, o dolo será sempre excluído e, por consequência, a tipicidade, independentemente do erro de tipo ser denominado vencível ou invencível, haja vista que não haverá possibilidade de punição por conduta culposa do agente, devido à falta de previsão legal de tal modalidade.

Atualmente, nos relacionamentos sexuais realizados com o consentimento de ambos os envolvidos, não é muito difícil constatar o instituto do erro de tipo. Algumas supostas vítimas, ainda que possuam idade inferior aos 14 (quatorze) anos, não se apresentam como tanto, possibilitando a ausência de conhecimento do agente acerca de sua idade real.

A depender de sua compleição física e desenvoltura atípica para a idade, além da frequência em bares e casas noturnas, torna-se crível para o agente de que não se trata de uma vítima vulnerável. Sendo assim, conforme o caso concreto, nos termos do art. 20 do Código Penal Brasileiro, não havendo intenção de praticar atos ou manter relações sexuais com menor de 14 (quatorze) anos, ou seja, não havendo a busca pela satisfação da lascívia em proveito da menoridade da vítima, inexistirá o dolo e, portanto, não deverá ser punível a conduta do agente.

Assim, restando comprovado que o agente, em decorrência da desenvoltura e compleição física da ofendida, foi levado a erro quando a sua real idade, deverá o crime de estupro de vulnerável ser afastado. Importante frisar que o erro de tipo apenas ocorrerá nas situações em que a ofendida,

⁵⁹ JESUS, Damásio de. Direito Penal: parte geral. 33. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 1. p. 352 - 353.

realmente, aparentar ser maior de 14 (quatorze) anos, pois o erro deverá incidir sobre a idade da vítima, não acerca da sua condição de vulnerável.

Outra forma de relativização da vulnerabilidade do menor de 14 (quatorze) anos encontra-se não mais na falha da percepção do caso concreto e sua consequente falta de reconhecimento das elementares do tipo penal, como no erro de tipo, mas na atipicidade material do fato, tendo em vista a amplitude da tipicidade conglobante no ordenamento jurídico.

3.4 A tipicidade conglobante

O fato típico é composto pela conduta do agente, seja ela dolosa ou culposa, pelo resultado e pelo nexo de causalidade entre esses dois elementos. Além desses requisitos, é necessário que a conduta se amolde ao tipo penal, ou seja, a um modelo abstrato previsto na lei.

O conceito de tipicidade, para Greco: “diz respeito à subsunção perfeita da conduta praticada pelo agente ao modelo abstrato previsto na lei penal, isso é, a um tipo penal incriminador”⁶⁰.

Trata-se, pois, da adequação de um fato à descrição da lei penal, ou seja ao tipo incriminador, tendo em vista o princípio da legalidade, segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina. Entretanto, ainda conforme o referido autor:

[...] esse conceito de simples acomodação do comportamento do agente ao tipo não é suficiente para que possamos concluir pela tipicidade penal, uma vez que esta é formada pela conjugação da tipicidade formal (ou legal) com a tipicidade conglobante). Mediante o conceito de tipicidade formal podemos verificar se o comportamento praticado pelo agente encontra moldura em alguma das figuras típicas previstas em nosso ordenamento jurídico-penal⁶¹.

Ainda conforme Greco, para que haja a chamada tipicidade conglobante é necessário analisar o comportamento formalmente típico do agente, que deverá ser revestido de antinormatividade e de materialidade típica:

⁶⁰ GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 9. Ed. rev., atual. e ampl. Niterói: Impetus, 2015. P. 39.

⁶¹ Idem.

A tipicidade conglobante surge quando comprovado, no caso concreto, que a conduta praticada pelo agente é considerada antinormativa, isto é, contrária à norma penal, e não imposta ou fomentada por ela, bem como ofensiva a bens de relevo para o Direito Penal (tipicidade material)⁶².

Assim, quando a conduta é típica à lei penal, deve ser analisado o alcance da norma que está diante do tipo; por isso, levando-se em consideração toda ordem normativa que incentiva a conduta, essa não poderá se amoldar ao tipo penal por não ser proibida pelo ordenamento jurídico.

Para melhor compreensão, explicam Zaffaroni e Pierangeli:

A antinormatividade não é comprovada somente com a adequação da conduta ao tipo legal, posto que requer uma investigação do alcance da norma que está anteposta, e que deu origem ao tipo legal, e uma investigação sobre a afetação do bem jurídico. Esta investigação é uma etapa posterior do juízo de tipicidade que, uma vez comprovada a tipicidade legal, obriga a indagar sobre a antinormatividade, e apenas quando esta se comprova é que se pode concluir pela tipicidade penal da conduta⁶³.

Isto posto, é imprescindível para caracterização da tipicidade a contrariedade da norma ao ordenamento jurídico, o que se denomina de antinormatividade. E, dentro da ordem normativa, não se admite que uma norma ordene o que outra norma proíbe ou incentiva. Por isso ressaltam os referidos autores que:

A lógica mais elementar nos diz que o tipo não pode proibir o que o direito ordena e nem o que ele fomenta. [...] Isto nos indica que o juízo de tipicidade não é um mero juízo de *tipicidade legal*, mas que exige um outro passo, que é a comprovação da *tipicidade conglobante*, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim *conglobada* na ordem normativa. A *tipicidade conglobante* é um *corretivo da tipicidade legal*, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas [...] ⁶⁴.

Assim, se no mesmo ordenamento jurídico existem normas incompatíveis ou conflitantes, uma ou ambas devem ser eliminadas. Por isso, a tipicidade conglobante, entendida como o segundo passo do juízo de tipicidade penal, retira da tipicidade penal as condutas que apenas são alcançadas pela

⁶²Idem.

⁶³ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 10. Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 410 – 411.

⁶⁴Ibidem, p. 412 – 413. (grifos do autor).

tipicidade legal, mas que a ordem normativa não proíbe, pois as ordenam ou fomentam.

O tipo penal não está isolado, mantem-se junto com outras normas, de igual forma, proibitivas, estruturando uma ordem normativa, que não contempla uma norma proibir o que outra determina ou incentiva.

Por isso, os supracitados autores lecionam que:

[...] pode acontecer o fenômeno da fórmula legal aparente abarcar hipóteses que são alcançadas pela norma proibitiva, considerada isoladamente, mas que, de modo algum, podem incluir-se na sua proibição, quando considerada conglobadamente, isto é, *fazendo parte de um universo ordenado de normas*⁶⁵.

É por isso que a tipicidade penal não se restringe à tipicidade formal, entendida como sua adequação à formulação legal, mas deve também mostrar a relevância da proibição penal à luz da interpretação conglobada da norma. Então, a tipicidade penal é correção da tipicidade formal pela tipicidade conglobante.

Por fim, é necessário analisar também o conceito de tipicidade material, pela qual, conforme leciona Greco: “se afere a importância do bem no caso concreto, a fim de que possamos concluir se aquele bem específico merece ou não ser protegido pelo Direito Penal”⁶⁶.

Nesse sentido, as afetações de bens jurídicos exigidas pela tipicidade material reivindicam alguma gravidade, uma vez que nem toda afetação mínima do bem protegido acarretaria na tipicidade penal. Por isso, para o mencionado autor: “para que se possa falar em tipicidade penal é preciso haver a fusão da tipicidade formal ou legal com a tipicidade conglobante (que é formada pela antinormatividade e pela tipicidade material)”⁶⁷.

A conduta de manter relação de índole sexual com menor de 14 (quatorze) anos, pela previsão do art. 217-A do Código Penal em detrimento do conceito de crime trazido pela teoria analítica, apresenta a ausência da tipicidade material na conduta do agente que mantém relação sexual ou pratica

⁶⁵Ibidem, p. 494. (grifos do autor).

⁶⁶GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral (Arts. 1º ao 120 do Código Penal). 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. vol. 1. p. 216.

⁶⁷Idem.

outro ato libidinoso com alguém mediante o seu consentimento ou de sua família, pois a tipicidade material busca proteger um bem juridicamente relevante para o Direito Penal, que no caso do artigo mencionado é a liberdade e a dignidade sexual.

É necessária a ponderação das circunstâncias do caso concreto e, sendo assim, ponderar o fato da vítima ter consentido para prática do ato sexual decorrente de uma relação afetiva e, portanto, não ter sofrido abuso sexual algum, para que seja possível a exclusão da tipicidade conglobante, tendo em vista a ausência da tipicidade material, uma vez que a conduta imputada ao agente delituoso causou pouca ou nenhuma lesão ao bem jurídico tutelado, levando, portanto, à atipicidade da conduta.

Assim, quanto aos atos de cunho sexual ocorridos de forma voluntária e consentida pelo adolescente e sua família, decorrente de uma relação afetiva, tais atos devem ser revestidos de peculiaridades que apontam para a possibilidade de relativização da vulnerabilidade.

Em se tratando de menores de 14 (quatorze) anos enquanto vulneráveis, o seu consentimento não será considerado válido na maioria das hipóteses, mas poderá haver casos em que a família da suposta ofendida consinta com o relacionamento, por exemplo. O consentimento ou a adesão, nesses casos, mostra-se relevante. Apenas considerando enquanto absoluto o critério da vulnerabilidade, proceder-se-á, no mínimo, oito anos de reclusão aos seus companheiros, pais de seus filhos, o que não parece razoável.

Outra possibilidade é o relacionamento que envolva menor de 14 (quatorze) anos, com o intuito de constituir família. Nesse sentido o Direito Penal não deverá intervir, enquanto a própria Constituição fomenta a construção familiar, pois, nesses casos, o Direito Penal ocupar-se-ia apenas em desagregar a família por completo.

Nesse sentido, em que pese a existência incontroversa da materialidade do fato e de sua autoria, está-se diante da atipicidade da conduta, pois a manutenção de relacionamentos entre réu e vítima demonstra a ausência de qualquer lesão ao bem jurídico, a liberdade sexual.

3.5 O princípio da adequação social enquanto causa supralegal de exclusão da tipicidade

Apenas com base na explanada tipicidade material, haverá possibilidade de exclusão da tipicidade. Pois, para Nucci: “existem as excludentes supraleais, que afastam a tipicidade, embora não estejam expressamente previstas no Código Penal, como ocorre com a adequação social...”⁶⁸.

O juízo de tipicidade, para que não atinja fatos estranhos ao Direito Penal em virtude de sua aceitação pela sociedade, deve ser analisado pela concepção material, dotada de conteúdo valorativo, e não apenas vislumbrado pelo aspecto formal, de cunho diretivo. O reconhecimento do princípio da adequação social enquanto fonte de interpretação da amplitude do tipo penal, representa um avanço contra a arbitrariedade do poder de punir do Estado.

Muito embora, isoladamente, a adequação social não seja suficiente para reconhecer a atipicidade material, confere ao legislador a possibilidade de análise da realidade e da norma, afastando do texto legal interpretações que estejam em descompasso com as posturas de liberdade de ação social.

É importante considerar as constantes mutações sociais e os acontecimentos que modificam o mundo, não podendo ser diferente com a sexualidade, também devendo ser tratada de forma a acompanhar a evolução social, pois a conquista da liberdade sexual não é um processo estático.

O princípio da adequação social, entendido sob o postulado da intervenção mínima, objetiva auxiliar os operadores do direito na tarefa de reduzir o campo de atuação do Direito Penal, consagrando o seu caráter subsidiário. Por um lado, tal princípio almeja fazer com que o legislador repense os tipos penais, retirando do ordenamento jurídico as condutas que se adaptaram à evolução da realidade; de outro lado exige do intérprete a restrição da abrangência do tipo penal, limitando o seu campo de interpretação ao contexto cultural e histórico em que está inserido.

⁶⁸NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 10. Ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 196.

Em virtude do princípio da adequação social da conduta, os comportamentos considerados socialmente adequados não configuram crime, portanto devem ser excluídos do âmbito da tipicidade. Saindo do plano normativo, que prevê a tipicidade conglobante como corretivo da tipicidade legal para configuração da tipicidade penal e, entrando no âmbito ético social, esse princípio pode ser aplicado.

Segundo Guilherme de Souza Nucci:

Com relação à adequação social, pode-se sustentar que uma conduta aceita e aprovada consensualmente pela sociedade, ainda que não seja causa de justificação, pode ser considerada não lesiva ao bem jurídico tutelado. [...] Parece-nos que a adequação social é, sem dúvida, motivo para exclusão da tipicidade, justamente porque a conduta consensualmente aceita pela sociedade não se ajusta ao modelo legal incriminador, tendo em vista que este possui, como finalidade precípua, proibir condutas que firam bens jurídicos tutelados. Ora, se determinada conduta é acolhida como socialmente adequada deixa de ser considerada lesiva a qualquer bem jurídico, tornando-se um indiferente penal. A evolução do pensamento e dos costumes, no entanto, é o fator decisivo para a verificação dessa excludente de tipicidade [...] ⁶⁹.

Para que haja convivência na sociedade é necessário o equilíbrio e a tolerância também na aplicação das normas. É por isso que determinadas condutas merecem a tutela do Direito Penal, tendo em vista que nem sempre as normas incriminadoras estão em harmonia com o que é socialmente tolerado ou permitido.

Assim, pelo princípio supramencionado, as condutas formalmente consideradas típicas, baseadas na adequação social, não seriam admitidas pela tipicidade penal, uma vez que a sociedade as permite ou as reconhece.

Os efeitos provocados pela fixação de idade para a atribuição de eficácia jurídica à manifestação de vontade do menor no âmbito da sexualidade atrai a incidência do princípio da adequação social, exigindo do intérprete a sua utilização.

Apesar da discussão acerca da relativização da vulnerabilidade em função da idade ser analisada isoladamente, não abrindo espaço para interpretações de cunho valorativo, o critério etário adotado, fundado

⁶⁹Ibidem, p. 197.

estritamente no aspecto biológico, encerra a presunção de que o consentimento do menor de 14 (quatorze) anos é juridicamente relevante para a tipificação do crime de estupro de vulnerável.

Entretanto, discute-se a inexistência do bem jurídico tutelado, haja vista não poder se falar em violação da liberdade sexual, nas hipóteses em que o menor e sua família consentem, livremente, para a prática do ato.

Dessa feita, diante da vulnerabilidade prevista no art. 217-A, caput do Código Penal, suscitar divergências, o magistrado deverá manejar o princípio da adequação social, possibilitando a redução da amplitude do tipo penal em comento, através da avaliação de cada caso concreto.

Por meio da adequação social, o intérprete poderá aferir, casuisticamente, a capacidade da vítima de manifestar sua vontade sexual, em detrimento da lei, somando-se ao critério etário estabelecido a apreciação judicial valorativa, nos casos em que as vítimas, em razão da idade, se encontrarem na adolescência.

Portanto, o princípio da adequação social é um instrumento que se restringe a demonstrar ao juiz e, conseqüentemente, às partes, o ingresso nas circunstâncias fáticas em torno do caso concreto.

Cumprе frisar, entretanto, que não serão todos os casos envolvendo menores de 14 (quatorze) anos em que o juiz poderá demandar uma avaliação casuística da capacidade de autodeterminação do menor. Sendo necessário reconhecer que algumas situações se mantêm adstritas à vulnerabilidade absoluta. Tal avaliação também objetivará a análise da existência ou não da violação ao bem jurídico tutelado.

Por fim, a incidência do princípio da adequação social no âmbito dos crimes sexuais atribuirá melhor legitimidade à intervenção do Estado na vida privada e íntima da pessoa, como a sua sexualidade, através de uma avaliação precisa dos comportamentos sexuais puníveis dentro da sociedade atual.

Uma grande hipótese da possibilidade de aplicação do princípio da adequação social encontra-se nos atos praticados pelo agente, principalmente no tocante aos atos libidinosos, visto que o legislador deixou uma margem de

discrecionariade ao se referir a “qualquer outro ato libidinoso”, abrangendo condutas sexuais diversas, devendo o juiz interpretar quais seriam esses atos baseando-se nos princípios da dignidade da pessoa humana, da intervenção mínima, da ofensividade e da adequação social, haja vista que o Estado não pode decidir sobre a liberdade da pessoa em relação à sua dignidade sexual, ferindo, conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana ao punir condutas ausentes de lesividade e relevância social.

Como exemplo, cabe mencionar o beijo lascivo, que se realizado mediante consentimento, não acarretaria grandes repercussões ao desenvolvimento da personalidade do adolescente. Tal exemplo é recorrente nos dias atuais, não evidenciando, portanto, a reprovação social, tornando conveniente a aplicação do princípio da adequação social, uma vez que não há efetiva ofensividade a qualquer bem jurídico tutelado.

4 CONCLUSÃO

É indiscutível que crianças e adolescentes merecem atenção diferenciada por parte do legislador, para que possam desenvolver, no âmbito da sexualidade, a autonomia plena responsável pela sua compreensão acerca de suas escolhas.

O Código Penal de 1940 previa a chamada presunção de violência, elencada no art. 224, estabelecendo a sua cumulação com os antigos artigos referentes ao estupro ou ao atentado violento ao pudor, presumindo violento o ato sexual com o não maior de 14 (quatorze) anos.

A reforma legislativa realizada pela Lei 12.015 de 2009 altera a terminologia atribuída ao Título VI do Código Penal de 1940, denominado “Dos crimes contra os costumes”, passando a designar-se “Dos crimes contra a dignidade sexual”, evidenciando a dignidade sexual enquanto bem jurídico decorrente da dignidade da pessoa humana.

Além disso, a referida lei inaugurou um tipo penal autônomo, objeto do presente trabalho, o estupro de vulnerável, revogando a então presunção de violência, que encontrava divergências na doutrina e jurisprudência acerca de seu caráter absoluto ou relativo, bem como unindo os tipos penais de estupro e atentando violento ao pudor em um único tipo penal, o estupro.

O crime de estupro de vulnerável, com foco no caput do art. 217-A do Código Penal, possui como objeto jurídico a dignidade sexual do menor de 14 (quatorze) anos, que, em virtude da faixa etária estabelecida pelo legislador, não possui o necessário discernimento ou resistência para a prática de atos de cunho sexual.

Contudo, o presente estudo reflete a evolução social, que opera em descompasso com a atualização da legislação, pois a sociedade se encontra em avanço com relação ao ordenamento jurídico vigente, o que poderia ser sanado, também, pela correta aplicação dos princípios constitucionais penais.

A evolução do Direito Penal, no que se refere aos delitos sexuais, afasta os fundamentos de natureza moral e ética para eleger bens jurídicos relevantes

para sua proteção, que no estudo abordado é a dignidade e liberdade sexual do indivíduo.

Toda a polêmica acerca da presunção de violência, anteriormente prevista no art. 224 do Código Penal Brasileiro, referente à possibilidade ou não de relativizar a vulnerabilidade dos menores de 14 (quatorze) anos, transferiu-se para o conceito de vulnerabilidade.

Haja vista que o objeto estava centrado na análise do estupro de vulnerável contra os menores de 14 (quatorze) anos, aborda-se a possibilidade de relativização do conceito de vulnerável a partir do instituto do erro de tipo, bem como da valoração do consentimento da vítima e de sua família, decorrente de uma relação afetiva com o suposto acusado, enquanto causa de exclusão da tipicidade, afastando-se a tipicidade material do delito.

Assim, para a configuração do delito em questão, além da presença da tipicidade formal, é necessário, ainda, o exame da tipicidade conglobante da conduta e sua consequente antinormatividade diante de todo o ordenamento jurídico, bem como da tipicidade material do comportamento, ao questionar a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

A atipicidade material da conduta conduz o magistrado à interpretação relativa da vulnerabilidade, avaliando no caso concreto se houve ou não violação do bem jurídico tutelado.

Não havendo qualquer lesividade à dignidade sexual do vulnerável, que é o bem juridicamente tutelado pelo art. 217-A do Código Penal, é conveniente a aplicação dos princípios constitucionais penais da adequação social, da intervenção mínima do Estado e da ofensividade objetivando a relativização da vulnerabilidade dos adolescentes, tendo em vista a busca da harmonização do ordenamento jurídico ao contexto histórico e cultural da sociedade brasileira.

Portanto, conclui-se que a apreciação valorativa do juiz, através do princípio da adequação social, permitirá a apuração da existência de abuso ou não da capacidade de consentimento válido da vítima e, consequentemente, violação da sua liberdade e dignidade sexual, haja vista que à luz dos princípios do Direito Penal apenas são legítimas as intervenções do Estado nos

comportamentos que impliquem perigo ou efetiva lesão ao bem jurídico tutelado.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 4.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo : Saraiva, 2012. Vol. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. Dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 6. ed. rev. e ampl. e atual. São Paulo : Saraiva, 2012. vol. 4.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Vol. 3. Parte Especial 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

D'ELIA, Fábio Suardi. **Tutela Penal da Dignidade Sexual e Vulnerabilidade**. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2014.

GONZAGA, Alvaro de Azevedo; ROQUE, Nathaly Campitelli. **Essencial exame da OAB**. 7. Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral (Arts. 1^o ao 120 do Código Penal). 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. vol. 1.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial (Artigos 213 a 361 do Código Penal). 13. Ed. Niterói: Impetus, 2016. vol. III.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 11. Ed. rev., atual. e ampl. Niterói: Impetus, 2017.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: parte geral. 33. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 1.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito Penal**: elementos do direito. 9. Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. vol. 7.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Curso de Direito Penal**: Parte especial (Arts. 213 a 288-A). Salvador: Juspodivm, 2015. vol. 3.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. Ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra dignidade sexual**. 5. Ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 16. Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 11. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 10. Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIÁRIO DAS LEIS. Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, 1940. Disponível em: <http://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelink.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>>. Acesso em: 9 set. 2017.

Resolução nº 196/1996 do Conselho Nacional de Saúde. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/1996/res0196_10_10_1996.html>. Acesso em: 9 set. 2017.